

VU Research Portal

Het voorlopig getuigenverhoor

Groot, E.F.

2015

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Groot, E. F. (2015). *Het voorlopig getuigenverhoor*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. Wolters Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

12. SAMENVATTING

421 Inleiding

Het middel van het voorlopig getuigenverhoor geeft partijen de mogelijkheid om voorafgaand aan het moment van bewijslevering in een hoofdzaak getuigen te doen horen door de rechter. Hierna wordt eerst het doel van het voorlopig getuigenverhoor behandeld, waarbij tevens aandacht wordt geschonken aan het historisch en rechtsvergelijkend perspectief. Aangezien een aan de wettelijke vereisten voldoende verzoek tot het doen houden van een voorlopig getuigenverhoor in beginsel door de rechter moet worden toegewezen, komen vervolgens de bevoegdheid van de Nederlandse civiele rechter en de procedurele kant van het voorlopig getuigenverhoor aan de orde. Op de regel dat de rechter een aan de wettelijke vereisten voldoende verzoek moet toewijzen, bestaat een uitzondering als de verzoeker onvoldoende belang bij zijn verzoek heeft, misbruik maakt van het voorlopig getuigenverhoor of als het verzoek strijdig is met de goede procesorde, dan wel moet afstuiten op een ander, door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar. Deze afwijzingsgronden worden in het laatste deel van deze samenvatting besproken.

422 Het doel van het voorlopig getuigenverhoor; historie; rechtsvergelijking

Het eerste doel van het voorlopig getuigenverhoor is het bewaren van getuigenbewijs als gevaar bestaat voor het wegvallen van de persoon van de getuige voordat in de hoofdzaak het moment van bewijslevering is aangebroken. In het algemeen kan gesteld worden dat in Nederland vrijwel steeds een voorlopig getuigenverhoor kon worden bevolen als gevaar voor verlies van bewijs bestond. Het bestaan van gevaar voor verlies van bewijs was in de Oudvaderlandse rechtspleging een voorwaarde voor het houden van een *enquête valetudinair* (een voorlopig getuigenverhoor) en deze voorwaarde werd ook opgenomen in Rv (1838). De eis van gevaar voor verlies van bewijs verviel in 1951 voor een voorlopig getuigenverhoor voorafgaande aan een hoofdzaak en in 1988 ook voor een voorlopig getuigenverhoor tijdens een hoofdzaak. Het voorlopig getuigenverhoor kreeg met het vervallen van de eis van gevaar voor verlies van bewijs een tweede doel: het verzamelen van getuigenbewijs om proceskansen in een later aanhangig te maken of reeds aanhangige hoofdzaak te kunnen inschatten, de grondslag van de vordering in de hoofdzaak te bepalen of de

wederpartij te achterhalen. Deze laatste functie – het verzamelen van bewijs – is thans de belangrijkste functie van het voorlopig getuigenverhoor (hoofdstuk 2).

In de ons omringende landen staat de bewarende functie van een getuigenverhoor voorafgaand aan het moment van bewijslevering in de hoofdzaak voorop. In Duitsland kunnen op verzoek van een partij getuigen worden gehoord voorafgaand aan en tijdens een civiele procedure als bewijsproblemen kunnen ontstaan als gevolg van het verliezen van bewijs of het bemoeilijken van het verkrijgen of gebruiken van bewijs (*selbständige Beweisverfahren*). Als de wederpartij toestemming geeft voor het *selbständige Beweisverfahren*, bestaat de mogelijkheid om het *selbständige Beweisverfahren* in te zetten om meer zekerheid over de feiten te verkrijgen en zo de kansen op een schikking te vergroten (par. 3.2). In Engeland worden *witness statements* (schriftelijke getuigenverklaringen) uitgewisseld tussen partijen en doorgaans worden partijen later niet meer mondeling gehoord. Ook daar bestaat echter de mogelijkheid om ter bewaring van bewijs getuigen te doen horen door (meestal) een *examiner of the court*. Partijen kunnen een *deposition order* vragen om een getuige voorafgaand aan de *trial* te horen, als die getuige niet in staat zal zijn te verschijnen tijdens de *trial* (om gezondheidsredenen of vanwege buitenlandse verplichtingen). Het gerecht zal beoordelen of de *deposition* – de belangen van de getuige in acht nemende – een proportionele maatregel is en meewegen of de *order* nodig is voor een *fair trial*, of de kosten toe- of afnemen en of een alternatief denkbaar is (par. 3.3). In Frankrijk kan op grond van art. 145 CPC een *mesure d'instruction in futurum* worden bevolen ter bewaring of vaststelling van voor de beslissing relevante feiten. Het doel van art. 145 CPC was aanvankelijk slechts het voorkomen van het verlies van bewijs, maar inmiddels wordt art. 145 CPC ook gebruikt om de mogelijkheden om (met succes) een vordering in te stellen te onderzoeken. Hoewel art. 145 CPC geldt voor verschillende bewijsmiddelen, ook voor het getuigenverhoor, wordt art. 145 CPC in de praktijk niet gebruikt voor het getuigenverhoor (par. 3.4).

423 Internationale, absolute en relatieve bevoegdheid

De Nederlandse rechter die zijn bevoegdheid in de hoofdzaak kan baseren op een van de bevoegdheidsgronden in art. 4 of 7-26 EEX-Vo Ibis (art. 2 of 5-24 EEX-Vo of EVEX) is ook bevoegd om kennis te nemen van een ten behoeve van die hoofdzaak verzocht voorlopig getuigenverhoor. Een voorlopig getuigenverhoor kan niet worden aangemerkt als een voorlopige of bewarende maatregel in de zin van art. 35 EEX-Vo Ibis (art. 31 EEX-Vo) als het doel van het voorlopig getuigenverhoor het inschatten van proceskansen, het bepalen van de grondslag van de toekomstige vordering of het achterhalen van de wederpartij is. Mogelijk kan een voorlopig getuigenverhoor dat wordt gevraagd met als doel het voorkomen van verlies van bewijsmateriaal wél worden beschouwd als een maatregel in de zin van art. 35 EEX-Vo Ibis (art. 31 EEX-Vo) (par. 4.2.2.2). Op grond van de Bewijsverordening kan de bevoegde Nederlandse rechter overeenkomstig de Nederlandse bepalingen aan het bevoegde gerecht van een andere lidstaat vragen een (voorlopig) getuigenverhoor te houden dan wel bij het centraal orgaan of bevoegde autoriteit van een andere lidstaat verzoeken

rechtstreeks een (voorlopig) getuigenverhoor te houden in die andere lidstaat. Voorwaarde is dat het verzoek wordt gedaan met het doel partijen in staat te stellen zich bewijs te verschaffen voor gebruik in een aanhangige of voorgenomen procedure. De Bewijsverordening heeft geen exclusieve werking (par. 4.2.2.3).

Als een geding reeds aanhangig is, is alleen de rechter voor wie het geding aanhangig is absoluut en relatief bevoegd tot het doen houden van een voorlopig getuigenverhoor. Als nog geen geding aanhangig is gemaakt, is de rechter tot wiens absolute bevoegdheid de zaak vermoedelijk zal behoren absoluut bevoegd om kennis te nemen van het verzoek. Relatief bevoegd is dan ten eerste de rechter die vermoedelijk bevoegd zal zijn van de zaak kennis te nemen indien deze aanhangig wordt gemaakt en ten tweede de rechter binnen wiens rechtsgebied de personen die men als getuigen wil doen horen, of het grootste aantal van hen, woonachtig zijn of verblijven (par. 4.2.3 en 4.2.4).

424 Bestuursrechtelijke procedure

Een voorlopig getuigenverhoor met het oog op een bestuursrechtelijke procedure is niet mogelijk. Als in één zaak los van elkaar een bestuursrechtelijke en een civielrechtelijke procedure kunnen worden gevoerd, kan een voorlopig getuigenverhoor alleen worden toegewezen als het doel ervan is feiten vast te stellen ten behoeve van de civielrechtelijke procedure (par. 4.3.1.2).

Voor schadevergoeding vanwege onrechtmatig overheidshandelen moet eerst de onrechtmatigheid vaststaan voordat schadevergoeding bij de bestuursrechter of de burgerlijke rechter kan worden gevraagd. Pas na de vaststelling van onrechtmatig overheidshandelen is het naar mijn mening mogelijk een voorlopig getuigenverhoor te bevelen. Vervolgens is van belang of de bestuursrechter dan wel de civiele rechter over de schadevergoedingsvordering dient te beslissen. Slechts indien en voor zover de verzoeker zijn schadevergoeding kan vorderen bij de civiele rechter, kan een voorlopig getuigenverhoor met het oog op die civiele procedure worden bevolen (par. 4.3.1.3). Bij nadeelcompensatie treedt de civiele rechter op als 'restrechter' in geval van schade door besluiten of handelingen veroorzaakt door niet-bestuursorganen, door andere feitelijke handelingen dan een handeling ter uitvoering van een besluit, door een algemeen verbindend voorschrift of door een beleidsregel. In alle gevallen waarin de burgerlijke rechter deze restfunctie heeft, kan een voorlopig getuigenverhoor worden bevolen in het kader van de civielrechtelijke schadevergoedingsvordering (par. 4.3.1.4).

425 Strafrechtelijke procedure

Een gewezen verdachte kan – indien achteraf blijkt dat geen rechtvaardiging voor het strafrechtelijk optreden van politie en justitie bestond – met het oog op zijn schadevergoedingsvordering op grond van onrechtmatige daad een voorlopig getuigenverhoor verzoeken. De verschillende bepalingen in Sv die de gewezen verdachte de mogelijkheid geven tot het verkrijgen van een schadevergoeding (art. 89,

591 en art. 591a Sv) betreffen procedures bij de strafrechter; in het kader van deze niet-civiele procedures kan dan ook geen voorlopig getuigenverhoor worden bevolen (par. 4.3.2.2). Een veroordeelde kan onder voorwaarden schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad vorderen. Indien en voor zover de civiele rechter in de hoofdzaak de schadevergoedingsvordering kan beoordelen, kan een voorlopig getuigenverhoor worden toegewezen (par. 4.3.2.3).

Het onzorgvuldig en onvolledig uitvoeren van een strafrechtelijk onderzoek kan onrechtmatig zijn. In beginsel bestaat dan ook de mogelijkheid om met het oog op een procedure op grond van onrechtmatige daad tijdens een voorlopig getuigenverhoor informatie te verkrijgen over dat strafrechtelijk onderzoek (par. 4.3.2.4).

Aangezien de civielrechtelijke schadevergoedingsvordering van de benadeelde partij wordt behandeld in een strafprocedure, is het niet mogelijk in het kader van deze procedure een voorlopig getuigenverhoor toe te staan. De strafrechter kan de benadeelde partij om verschillende redenen niet-ontvankelijk verklaren in haar schadevergoedingsvordering. Na een (gedeeltelijke) niet-ontvankelijkverklaring door de strafrechter kan de benadeelde partij haar vordering (gedeeltelijk) indienen bij de burgerlijke rechter. In deze gevallen kan met het oog op de civiele procedure een voorlopig getuigenverhoor worden bevolen (par. 4.3.2.5).

426 Procedure tot en met de beschikking

De procedure waarbij een voorlopig getuigenverhoor wordt gevraagd, is een zelfstandige verzoekschriftprocedure. Art. 6 EVRM is niet van toepassing op het voorlopig getuigenverhoor, omdat er geen sprake is van het *vaststellen* van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van dat artikel (par. 5.1).

De wet stelt een aantal beperkingen aan de mogelijkheid een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken. Ten eerste kan een voorlopig getuigenverhoor alleen worden bevolen als de wet het bewijs door getuigen toelaat. Ten tweede kan een voorlopig getuigenverhoor alleen worden bevolen in het kader van een civiele dagvaardings- of verzoekschriftprocedure. Met het oog op de volgende procedures kan – onder voorwaarden en soms zeer beperkt – een voorlopig getuigenverhoor worden bevolen: cassatie, herroeping, arbitrage, bindend advies, kort geding, deelgeschilprocedure, renvooi en verlof tot tenuitvoerlegging van een buitenlandse uitspraak. In de jurisprudentie wordt regelmatig aangenomen dat de aard van de enquêteprocedure en van de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg staan aan het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor (5.2).

Een voorlopig getuigenverhoor kan zowel vóórdat een zaak aanhangig is als tijdens een aanhangige zaak worden bevolen (par. 5.3). Als de hoofdzaak nog niet aanhangig is, kan iedere belanghebbende een voorlopig getuigenverhoor verzoeken. Belanghebbende is ten eerste de potentiële procespartij (de eiser/verzoeker, de gedaagde/verweerder of degene die door voeging, tussenkomst of vrijwaring partij in de hoofdzaak kan worden). Ten tweede is een (rechts)persoon, die zozeer betrokken is

bij een tussen anderen gevoerde procedure en in een zodanige rechtsverhouding tot (een van) die anderen staat, dat hij in vrijwel gelijke mate of zelfs in een nog sterkere mate als belanghebbende bij die procedure moet worden aangemerkt, belanghebbende bij een voorlopig getuigenverhoor. Dit kan bijvoorbeeld een verzekeraar, aandeelhouder, werknemer of beslagene zijn. Als de hoofdzaak aanhangig is, kunnen slechts partijen een voorlopig getuigenverhoor vragen (par. 5.4.1 en 5.4.2).

Naast de algemene vereisten die aan een verzoekschrift worden gesteld, geldt een aantal aanvullende vereisten voor het verzoekschrift waarbij gevraagd wordt een voorlopig getuigenverhoor te bevelen. Ten eerste moet het verzoek de aard en het beloop van de vordering in de hoofdzaak vermelden, zodat de rechter kan beoordelen of het voorlopig getuigenverhoor voor hem gehouden kan worden. Ten tweede moeten de feiten of rechten die de verzoeker wil bewijzen, worden omschreven in het verzoekschrift, zodat door de rechter en de wederpartij kan worden beoordeeld of een afwijzingsgrond van toepassing is en of de feiten of rechten relevant, betwist en voldoende concreet zijn. Een feit is alleen niet betwist als de hoofdzaak aanhangig is en door de wederpartij een conclusie van antwoord is genomen of een verzoekschrift is ingediend, waaruit blijkt dat een feit niet wordt betwist. De omschrijving van de feiten moet op zodanige wijze gebeuren, dat het voor de rechter voor wie het getuigenverhoor wordt gehouden en voor de wederpartij voldoende duidelijk is op welk feitelijk gebeuren het verhoor betrekking zal hebben. Ten derde moeten de namen en woonplaatsen van de personen die de verzoeker als getuigen wil doen horen worden opgegeven. Ten vierde moeten de naam en de woonplaats van de wederpartij in het verzoekschrift worden opgenomen om de belangen van de wederpartij te beschermen. Als de wederpartij onbekend is, moet de verzoeker voldoende onderbouwen dat en waarom hij niet weet (en kan weten) wie zijn wederpartij is, op straffe van afwijzing van het verzoek (par. 5.5).

Na de indiening van het verzoekschrift dienen de verzoeker en de wederpartij in beginsel te worden opgeroepen voor de behandeling van het verzoekschrift. Na de behandeling moet de rechter bij beschikking gemotiveerd beslissen. Hij kan het verzoek geheel of gedeeltelijk toewijzen of afwijzen. In zijn toewijzende beschikking geeft de rechter aan over welke feiten de verzoeker de getuigen kan doen horen. Ook staan in de beschikking een aantal praktische beslissingen over het te houden getuigenverhoor (par. 5.6 en 5.7).

427 Rechtsmiddelen

Tegen een afwijzende beschikking kan een rechtsmiddel worden ingesteld. Voor zover het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor wordt toegevoegd, is echter geen hogere voorziening mogelijk. Het appelverbod kan worden doorbroken op drie gronden: als art. 186 Rv ten onrechte is toegepast of ten onrechte buiten toepassing is gelaten en als essentiële vormen zijn verzuimd. De belanghebbende die niet is gehoord op het verzoek tot het doen houden van een voorlopig getuigenverhoor kan op grond van schending van hoor en wederhoor een rechtsmiddel instellen tegen de toewijzende beschikking. Naar mijn mening moet het

appellverbod bij toewijzing van het verzoek worden geschrapt vanwege de (mogelijke) nadelige gevolgen van een voorlopig getuigenverhoor voor de wederpartij, terwijl thans voor het handhaven van het asymmetrische appellverbod geen goede redenen bestaan (par. 5.8).

428 De getuigenverhoren en -verklaringen

De door de rechtbank aangewezen rechter-commissaris is bevoegd tot het horen van de getuigen. De rechter-commissaris komt geen discretionaire bevoegdheid toe tot begrenzing van het aantal of de personen van de door hem te horen getuigen en de aan de getuigen te stellen vragen. De rechter-commissaris zal het verhoor van een getuige of het stellen van bepaalde vragen aan een getuige slechts mogen weigeren als de eisen van een goede procesorde dat, in verband met de betrokken belangen, onder de gegeven omstandigheden vergen (par. 5.9).

Het voorlopig getuigenverhoor verloopt in beginsel volgens dezelfde regels als het normale getuigenverhoor. Er zijn twee belangrijke bijzonderheden van het voorlopig getuigenverhoor ten opzichte van het gewone getuigenverhoor. Ten eerste dient de rechter-commissaris zich, voordat hij aan zijn verhoor begint, ervan te vergewissen dat de verzoeker heeft voldaan aan zijn verplichting tot oproeping van de wederpartij. Ten tweede beslist de rechter-commissaris op een beroep op een verschooningsrecht en hoort hij een getuige, die partij in de aanhangige hoofdzaak is of aannemelijk maakt dat hij partij in de hoofdzaak zal zijn, met inachtneming van de bepalingen die van toepassing zijn op het verhoor van een partij-getuige (par. 5.11).

Na het verhoor van de getuigen van de verzoeker, wordt de wederpartij in beginsel van rechtswege toegelaten tot het leveren van tegenbewijs. Na afloop van het (tegen) getuigenverhoor kan op verzoek van partijen of ambtshalve een comparitie van partijen worden gehouden om de verdere afhandeling van de zaak te bespreken en eventueel een, gehele of gedeeltelijke, schikking te treffen (par. 5.12 en 5.13).

Indien alle partijen bij het verhoor aanwezig of vertegenwoordigd zijn geweest, hebben de getuigenverklaringen in een voorlopig getuigenverhoor afgelegd, dezelfde bewijskracht (vrije bewijskracht) als die, welke op de gewone wijze in een aanhangig geding zijn afgelegd. Als niet alle partijen aanwezig of vertegenwoordigd zijn geweest, kan de rechter de verklaringen afgelegd in het voorlopig getuigenverhoor buiten beschouwing laten (par. 5.14).

429 Afwijzingsgronden

In de civiele procedure hebben de waarheidsvinding en efficiency (hierna: efficiëntie) in een relatief korte tijd een sleutelpositie ingenomen in het civiele procesrecht. Tussen de waarheidsvinding en efficiëntie bestaat een direct verband: als partijen in een zo vroeg mogelijk stadium volledige openheid van zaken geven en (het bewijs van) de relevante feiten kennen, wordt een goed, vlot en efficiënt verloop van een civiele procedure bevorderd. De ontwikkeling naar het in een vroeg stadium

vaststellen van de relevante feiten ten behoeve van schikkingen en een efficiëntere procesvoering is ook in Duitsland, Engeland en Frankrijk zichtbaar. In Duitsland en Frankrijk worden de mogelijkheden om feiten voorafgaand aan het moment van bewijslevering in de hoofdzaak te verzamelen iets ruimer, terwijl in Engeland de afgelopen jaren is ingezet op een meer efficiënte bewijsverzameling. Het middel van het voorlopig getuigenverhoor is een nuttig middel en past goed bij de uitgangspunten van waarheidsvinding en efficiëntie in de civiele procedure, omdat in een vroeg stadium de feiten die door getuigen kunnen of moeten worden bewezen kunnen worden vastgesteld, waardoor een latere procedure kan worden vermeden of efficiënter kan worden gevoerd. Het voorlopig getuigenverhoor kent echter ook nadelen. Het middel is tijdrovend, kostbaar en vatbaar voor misbruik. Op dit moment bestaat er echter geen afdoende alternatief voor het voorlopig getuigenverhoor. Een goed alternatief zou een geheel mondeling getuigenverhoor naar Engels voorbeeld zijn, waarbij partijen de getuigen horen ten overstaan van een gerechtsonderzoeker (par. 1.1, 1.2 en 3.5, zie verder par. 11.8).

Vóór 2002 werd een aan de wettelijke eisen voldoende verzoek tot het doen houden van een voorlopig getuigenverhoor door de Hoge Raad slechts afgewezen op grond van misbruik van bevoegdheid. De nadelen van het voorlopig getuigenverhoor deden de behoefte ontstaan aan meer ruimte voor afwijzing van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor. In drie arresten in 2002, 2003 en 2005 legde de Hoge Raad het gebruik van het voorlopig getuigenverhoor meer aan banden door uitbreiding van de afwijzingsgronden. Het verzoek kan thans worden afgewezen op vier gronden: onvoldoende belang van de verzoeker, misbruik van bevoegdheid, strijd met de goede procesorde en een ander, zwaarwichtig bezwaar (par. 6.2 en 6.3).

De vier afwijzingsgronden van het voorlopig getuigenverhoor hebben verschillende gemeenschappelijke kenmerken. Ten eerste begrenzen zij de in abstracto bestaande bevoegdheid tot het doen houden van een voorlopig getuigenverhoor. Ten tweede zijn zij open normen die invulling behoeven. Ten derde is de invulling van de open normen afhankelijk van factoren als de in Nederland levende rechtsovertuigingen en maatschappelijke opvattingen (van burgers, van de rechterlijke macht en de advocatuur) en praktische bezwaren. Ten slotte heeft de rechter bij geen van de afwijzingsgronden een discretionaire bevoegdheid (par. 6.4).

Hierna worden de vier afwijzingsgronden nader afgebakend. Het uitgangspunt daarbij is dat enerzijds de nuttige functies van het voorlopig getuigenverhoor moeten worden bewaard, terwijl anderzijds wordt gewaarborgd dat het middel op een efficiënte wijze wordt ingezet. Steeds dient eerst te worden beoordeeld of de verzoeker voldoende belang heeft bij zijn verzoek. Zo ja, dan komen de drie andere afwijzingsgronden in beeld. Voor het aannemen van misbruik geldt de zwaarste stelplicht en voor de gronden strijd met de goede procesorde en een ander zwaarwichtig bezwaar geldt een minder zware stelplicht. Bij de bespreking van de afwijzingsgronden wordt ervan uitgegaan dat het voorlopig getuigenverhoor wordt gebruikt voor het verzamelen van getuigenbewijs. Na de bespreking van de

afwijzingsgronden wordt aandacht geschonken aan het voorlopig getuigenverhoor dat wordt ingezet als middel om bewijs te bewaren (par. 6.5).

430 Onvoldoende belang

Als de verzoeker onvoldoende processueel belang heeft bij zijn verzoek tot het doen houden van een voorlopig getuigenverhoor, dient het verzoek te worden afgewezen. De rechter kan beoordelen of voldoende processueel belang bestaat door twee hypothetische situaties tegen elkaar af te zetten: die waarin het verzoek wordt toegewezen en die waarin het verzoek wordt afgewezen. Als het verschil tussen die twee situaties niet of onvoldoende bestaat, dan bestaat geen of onvoldoende belang in de zin van art. 3:303 BW bij het verzoek. Onvoldoende processueel belang bij de toewijzing van een voorlopig getuigenverhoor bestaat als de verklaringen (hoogstwaarschijnlijk) niet kunnen worden gebruikt ten behoeve van de hoofdzaak. Het verschil tussen afwijzing en toewijzing is dan niet of onvoldoende aanwezig (par. 7.2-7.4).

431 Onvoldoende belang: vordering in de hoofdzaak bestaat niet (meer) of is kansloos

Getuigenbewijs kan ten eerste niet worden gebruikt ten behoeve van de hoofdzaak als de vordering in de hoofdzaak niet (meer) bestaat of kansloos is. Hiervan is sprake als:

- (a) de verzoeker niet aangeeft welke vordering in de hoofdzaak hij denkt in te stellen (par. 7.5.2.2).
- (b) de vordering juridisch of feitelijk kansloos is. De verzoeker hoeft zijn vordering in de hoofdzaak niet te bewijzen of aannemelijk te maken. Als echter bij oppervlakkige beoordeling van de vordering in de hoofdzaak kan worden aangenomen dat die vordering hoogstwaarschijnlijk zal worden afgewezen, ofwel: juridisch of feitelijk kansloos is, bestaat onvoldoende belang bij een voorlopig getuigenverhoor (par. 7.5.2.3).
- (c) de vordering dan wel een bepaald geschilpunt niet meer bestaat. Als bij oppervlakkige beoordeling van de vordering in de hoofdzaak blijkt dat aan die vordering of aan een bepaald, voor de beoordeling van die vordering relevant geschilpunt hoogstwaarschijnlijk een einde is gemaakt, bestaat onvoldoende belang bij een voorlopig getuigenverhoor. Hiervan kan sprake zijn in geval van een vonnis met gezag van gewijsde, een vaststellingsovereenkomst, een roeyement, een eindbeslissing of een herroepingsprocedure (par. 7.5.2.4).

432 Onvoldoende belang: stadium hoofdzaak

Getuigenbewijs kan ten tweede niet worden gebruikt ten behoeve van de hoofdzaak als de hoofdzaak zich in een te ver stadium bevindt. Bij het houden van een voorlopig getuigenverhoor bestaat onvoldoende belang als de laatste proceshandeling in de hoofdzaak wordt verricht ongeveer gelijktijdig met het geven van de beslissing op het verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor. Het voorlopig

getuigenverhoor zal dan zo laat worden afgerond dat er onvoldoende tijd rest tot aan de afronding van het getuigenverhoor in de hoofdzaak om de voorlopige getuigenverklaringen nog in de hoofdzaak te kunnen gebruiken. Een op enig moment tijdens de hoofdzaak verloren voldoende belang kan herleven (par. 7.5.3).

433 Misbruik (art. 3:13 lid 2 BW): het benadelingscriterium

Van een bevoegdheid wordt misbruik gemaakt als vaststaat dat het schaden van degene tegen wie de bevoegdheid wordt gebruikt de *enige* bedoeling is (het benadelingscriterium). Dit criterium speelt in de praktijk geen rol van betekenis. Ten eerste is het criterium met name nuttig als een bevoegdheid geen duidelijk doel kent, terwijl het voorlopig getuigenverhoor wel een duidelijk doel heeft. Ten tweede moet de verweerder bewijs leveren van de kwade bedoelingen van de verzoeker. Om de verweerder daarbij tegemoet te komen wordt de benadelingsbedoeling vaak gekoppeld aan het ontbreken van redelijk belang. Ten derde kan lastig te bepalen zijn wanneer sprake is van ongeoorloofde benadeling, omdat inherent aan procederen is dat de wederpartij wordt benadeeld (par. 8.3).

434 Misbruik (art. 3:13 lid 2 BW): het doelcriterium

Van een bevoegdheid wordt misbruik gemaakt als de bevoegdheid wordt uitgeoefend met een ander doel dan waarvoor zij is verleend (het doelcriterium). Als meerdere doelen worden nagestreefd, geoorloofde én ongeoorloofde doelen, dan kan misbruik op grond van het doelcriterium worden aangenomen als evident is dat alléén de geoorloofde belangen een partij niet tot de uitoefening van de bevoegdheid zouden hebben bewogen (het evidentiecriterium). Niet vereist is dat de verzoeker de bevoegdheid opzettelijk of te kwader trouw met het oog op een ander doel gebruikt.

Het voorlopig getuigenverhoor strekt ertoe een partij of een belanghebbende tijdens of voorafgaand aan de hoofdzaak in staat te stellen bewijs te bewaren dan wel bewijs of opheldering te verschaffen omtrent voor (de beslissing van) de hoofdzaak relevante feiten. Een voorlopig getuigenverhoor is derhalve in strijd met het doel daarvan als er geen zicht is op een bepaalde civiele hoofdzaak, als voor de rechter en de wederpartij niet voldoende duidelijk is op welk feitelijk gebeuren het verhoor betrekking zal hebben of als de verzoeker geen duidelijkheid kan en wenst te verkrijgen omtrent de feiten om zijn proceskansen in de betreffende hoofdzaak beter te kunnen inschatten, de grondslag van zijn vordering te bepalen of te achterhalen wie zijn wederpartij in de betreffende hoofdzaak is (par. 8.4.2).

In de hierna volgende – niet limitatief bedoelde – gevallen wordt het doel van het voorlopig getuigenverhoor overschreden:

- (a) *fishing expeditions*. *Fishing expeditions* verdragen zich niet met het Nederlandse recht, waarin als uitgangspunt geldt dat men niet zomaar toegang kan krijgen tot informatie waarover hij niet beschikt. Een *fishing expedition* heeft twee kenmerken. Ten eerste ontbreekt een directe connectie tussen de gevraagde informatie en een concrete vordering. Een aanwijzing voor de afwezigheid van een directe

band tussen de te bewijzen feiten en de beoogde vordering in de hoofdzaak bestaat als het feitencomplex waarover de getuigen moeten worden ondervraagd onbegrensd is. Ten tweede wordt informatie gezocht die nog geheel niet bekend is bij degene die de informatie zoekt. Doorgaans trekt de rechter de kenmerken bij zijn toetsing samen (par. 8.4.3).

- (b) een ander bewijsmiddel dan een getuigenverhoor is geëigend. Strijd met het doel van het voorlopig getuigenverhoor bestaat als slechts schriftelijke stukken de gewenste informatie kunnen leveren. Daarnaast is een verzoek dat als inzet heeft het horen van deskundigen om een deskundigenoordeel – waarvoor kenmerkend is dat kennis en/of ervaring wordt toegevoegd aan waarnemingsfeiten – te verkrijgen, in strijd met het doel van het voorlopig getuigenverhoor. Bij een getuigenverhoor staat immers de eigen, zintuiglijke waarneming van een getuige voorop. Een voorlopig getuigenverhoor is naar mijn mening wel mogelijk als de verzoeker een deskundige wil doen horen over feiten die deze deskundige in het kader van zijn onderzoek heeft geconstateerd en waarover hij heeft gerapporteerd of over de wijze waarop zijn onderzoek is uitgevoerd. Getuigen kunnen ook een verklaring afleggen over het bestaan en de inhoud van interne, niet voor het publiek toegankelijke rapporten (par. 8.4.4).
- (c) de verzoeker beoogt feiten onderzoeken ten behoeve van een andere hoofdzaak. Strijd met het doel van het voorlopig getuigenverhoor bestaat als (i) de feiten niet worden verzameld in een hoofdzaak tussen de verzoeker en verweerder en kan bovendien – maar hoeft niet te – bestaan als (ii) duidelijke aanwijzingen bestaan dat een voorlopig getuigenverhoor wordt verzocht in het kader van een andere hoofdzaak dan de in het verzoekschrift genoemde hoofdzaak en (iii) er sprake is van een brei van procedures en niet duidelijk is ten behoeve van welke procedure het voorlopig getuigenverhoor wordt verzocht (par. 8.4.5).
- (d) de hoofdzaak is prematuur. De verzoeker die de hoofdzaak begint terwijl het voorlopig getuigenverhoor is verzocht om de grondslag van de vordering in de hoofdzaak te bepalen, kan in beginsel zijn eis of de gronden daarvan veranderen of vermeederen totdat in de hoofdzaak het eindvonnis is gewezen; hij maakt geen misbruik van het voorlopig getuigenverhoor. De verzoeker die een voorlopig getuigenverhoor verzoekt om zijn wederpartij te achterhalen, kan in de hoofdzaak niet van wederpartij wisselen als de verkeerde persoon blijkt te zijn gekozen; hij kan wel misbruik van het voorlopig getuigenverhoor maken. Indien hij echter een plausibele verklaring geeft voor het beginnen van de hoofdzaak tegen de mogelijke verkeerde wederpartij en hij aangeeft een nieuwe hoofdzaak te (kunnen) beginnen als hij de verkeerde wederpartij blijkt te hebben gedagvaard, kan het verzoek wel worden toegewezen (par. 8.4.6).
- (e) het verzoek wordt gebruikt als actie- of pressiemiddel. De enkele omstandigheid dat de verzoeker van een voorlopig getuigenverhoor de openbaarheid opzoekt of op andere wijze druk kan uitoefenen met de tijdens het voorlopig getuigenverhoor verkregen informatie, is onvoldoende voor het aannemen van misbruik op grond van het doelcriterium. Daarvan is alleen sprake als evident is dat alléén de geoorloofde belangen een partij niet tot de uitoefening van de bevoegdheid zouden hebben bewogen (8.4.7).

435 Misbruik (art. 3:13 lid 2 BW): het onevenredigheids criterium

Van een bevoegdheid wordt misbruik gemaakt als onevenredigheid bestaat tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, die meebrengt dat in redelijkheid niet tot de uitoefening van de bevoegdheid kan worden gekomen (het onevenredigheids criterium). Voor het slagen van een beroep op misbruik op grond van het onevenredigheids criterium is een wanverhouding tussen de belangen van betrokkenen noodzakelijk (par. 8.5.1).

De hierna volgende – niet limitatief bedoelde, maar wel belangrijke – factoren kunnen een rol spelen in de belangenafweging:

- (a) bedrijfsgeheimen; bedrijfsschade. De omstandigheid dat vertrouwelijke bedrijfsinformatie als gevolg van een voorlopig getuigenverhoor terecht komt bij de verzoeker of derden is een factor die zo zwaar kan wegen dat het verzoek moet worden afgewezen op grond van het onevenredigheids criterium. Een drietal factoren is bepalend voor de bescherming van bedrijfsgeheimen. Ten eerste het karakter van de geheime gegevens. Slechts voor gegevens waarvoor vertrouwelijkheid wettelijk is voorgeschreven, kan a priori een belemmering bestaan om deze in het geding te brengen. Voor gegevens die openbaar gemaakt moeten worden, bestaat geen recht op geheimhouding. Voor alle andere vertrouwelijke bedrijfsgegevens geldt echter dat een bedrijf deze gegevens naar mijn mening in beginsel niet aan een derde hoeft te verstrekken. Dit klemmt temeer nu het soms moeilijk of bezwaarlijk is om deze informatie op een andere manier te beschermen dan door de informatie simpelweg geheim te houden. Ten tweede het doel van de bekendmaking van de gegevens en de rechtsrelatie tussen het bedrijf en degene die vraagt om bekendmaking van de gegevens. Een voorlopig getuigenverhoor wordt doorgaans gebruikt om informatie te verzamelen in het kader van de (waarheids)vinding in de hoofdzaak. Dit belang is zwaarwegend, maar naarmate de gegevens meer bescherming verdienen, zal het belang van de verzoeker eerder moeten wijken. De rechter zal – alle omstandigheden in aanmerking genomen – moet beoordelen of, en in hoeverre, de verzoeker de tijdens het voorlopig getuigenverhoor verzamelde bedrijfsgeheimen in zijn voordeel en in het nadeel van zijn wederpartij kan gebruiken. Ten derde de aard en de omvang van de bekendmaking. Als de verzoeker bedrijfsgeheimen wenst te onderzoeken, kunnen praktische maatregelen getroffen worden om bekendmaking aan derde te voorkomen. Moeilijk voorstelbaar zijn echter maatregelen die voorkomen dat informatie bij de wederpartij terecht komt. Een voorlopig getuigenverhoor kan bedrijfsschade veroorzaken, ook als de gevraagde informatie geen bedrijfsgeheim vormt. Hoewel het lijden van bedrijfsschade enkel als gevolg van het voorlopig getuigenverhoor in beginsel geen doorslaggevende factor ten gunste van de verweerder is, mag van de verzoeker worden verlangd dat hij nauwkeurig omschrijft welke feiten hij wil onderzoeken, zodat het onderzoek (en daarmee de bedrijfsschade) zo beperkt mogelijk blijft (par. 8.5.2).
- (b) zwakke vordering in de hoofdzaak. Vanwege het doel van het voorlopig getuigenverhoor mag de rechter een verzoek niet afwijzen omdat de verzoeker zijn

vordering in de hoofdzaak niet heeft bewezen of niet aannemelijk heeft gemaakt. Hij mag de factor van een (bij een marginale beoordeling gebleken) zwakke materiële vordering in de hoofdzaak wel meewegen in een belangenafweging. Hiervan kan sprake zijn bij een octrooiaanvraag in een vroeg stadium, een schadevergoedingsvordering die in het licht van vaste jurisprudentie weinig kans van slagen heeft of een formele belemmering die in de weg staat aan het aanhangig maken van de hoofdzaak (par. 8.5.3).

- (c) feiten zijn te vaag of niet relevant. Als de verzoeker vage en/of niet relevante feiten wil onderzoeken kan sprake zijn van onvoldoende belang of een *fishing expedition*. In minder duidelijke gevallen van weinig specifiek omschreven te bewijzen feiten en bij minder grote vraagtekens of de te bewijzen feiten iets hebben uit te staan met de vordering in de hoofdzaak, kan de factor van te vage en/of niet relevante feiten een rol spelen in de belangenafweging (par. 8.5.4).
- (d) prognose; resultaat van de getuigenverklaringen. Aangezien een niet tijdens een voorlopig getuigenverhoor gehoorde getuige nog later in de hoofdzaak kan worden gehoord, bestaat in het kader van een voorlopig getuigenverhoor minder reden om het prognoseverbod onverkort te handhaven dan in de hoofdzaak. De factor dat een getuige naar verwachting geen of weinig relevante informatie kan geven, is een sterk argument in het voordeel van de verweerder. Als een getuige in een andere procedure dan het voorlopig getuigenverhoor al een (schriftelijke) verklaring heeft afgelegd, is aan de ene kant het enkele feit van een eerdere verklaring geen grond voor afwijzing van een voorlopig getuigenverhoor. Aan de andere kant mag de verwachting dat een getuige geen of weinig nuttige (aanvullende) informatie kan verstrekken meegewogen worden in een belangenafweging (par. 8.5.5).
- (e) (ander) bewijs is voorhanden en betreft dezelfde feiten als de verzoeker in het voorlopig getuigenverhoor wil onderzoeken. Hierbij is ten eerste relevant of de verzoeker met de getuigenverklaringen steun zoekt voor het reeds bestaande andere bewijs, dan wel de verzoeker het andere bewijs beoogt te ontkrachten met de getuigenverklaringen. Ten tweede is van belang of de verzoeker partij was bij de andere ingezette middelen om bewijs te verkrijgen en of hij invloed kon uitoefenen bij het verzamelen van het bewijs. Ten derde is van betekenis of het andere bewijs al dan niet in een civiele procedure is verzameld (par. 8.5.6).

436 **Strijd met de goede procesorde**

De eisen van een goede procesorde kunnen in een concreet geval beletten dat een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor wordt toegewezen. Een definitie van de term (strijd met) de goede procesorde is niet eenvoudig te geven. Ten eerste gaat een veelheid van normen verscholen achter de term. Ten tweede hangt het oordeel over het al dan niet bestaan van strijd met de goede procesorde steeds meer af van de omstandigheden van het geval, waarbij met name algemene, maatschappelijke belangen een rol spelen. Ten derde worden beslissingen (te) vaak gemotiveerd met alleen een verwijzing naar de goede procesorde. Ten vierde veranderen maatschappelijke opvattingen over de inhoud van de goede procesorde (par. 9.2).

De tendens om steeds meer belang te hechten aan een efficiënte procesvoering is van belang voor de invulling van de afwijzingsgrond strijd met de goede procesorde. Met de afwijzingsgrond strijd met de goede procesorde kan enerzijds worden bewerkstelligd dat het nuttige middel van het voorlopig getuigenverhoor ten volle benut kan blijven worden en wordt anderzijds een gebruik van het middel in strijd met het efficiëntiestreven voorkomen.

De belangenafweging die bij de beoordeling van de afwijzingsgrond strijd met de goede procesorde gemaakt moet worden is geen gewone belangenafweging; er zal een duidelijke disproportionaliteit moeten bestaan tussen enerzijds het belang van de verzoeker bij het houden van een voorlopig getuigenverhoor en anderzijds het belang van een efficiënte (voortvarende, effectieve en zo min mogelijk geld kostende) procesvoering. Efficiëntie gaat een overwegende rol spelen zodra de hoofdzaak aanhangig is. De basis van een afwijzing op grond van strijd met de goede procesorde zal doorgaans het (late) stadium van de hoofdzaak zijn (par. 9.3 en 9.4).

De hierna volgende – niet limitatief bedoelde, maar wel belangrijke – factoren kunnen een rol spelen in de belangenafweging:

- (a) het (late) stadium waarin de hoofdzaak verkeert. Uitgangspunt is de toewijzing van een voorlopig getuigenverhoor, ook tijdens een aanhangige hoofdzaak. Als de hoofdzaak al aanhangig is, is het houden van een voorlopig getuigenverhoor echter niet steeds efficiënt. Het stadium waarin de hoofdzaak verkeert, speelt een rol in de belangenafweging van strijd met de goede procesorde als op het verzoek wordt beslist op enig moment vóór de laatste proceshandeling. Deze factor heeft een speciale status in de belangenafweging; tegen de achtergrond van (het stadium van) de aanhangige hoofdzaak krijgen de overige factoren die een rol spelen in de belangenafweging een andere betekenis. Hoe dichter de hoofdzaak het stadium van de laatste proceshandeling is genaderd, hoe zwaarder de factor van het stadium waarin de hoofdzaak verkeert, weegt. In hoger beroep geldt dat het late stadium van de hoofdzaak in combinatie met gerede twijfel over de vraag of het zin heeft bepaalde feiten te bewijzen al snel leidt tot de conclusie dat het houden van een voorlopig getuigenverhoor inefficiënt is en dat het formuleren van een bewijsopdracht en het horen van getuigen aan de bodemrechter moet worden overgelaten. Het vroege stadium waarin de hoofdzaak verkeert, namelijk voordat het standpunt van de verweerder in de hoofdzaak bekend is, is naar mijn mening in beginsel geen mee te wegen factor in de belangenafweging (par. 9.5.2).
- (b) doorkruising van het procesbeleid in de hoofdzaak. Het voorlopig getuigenverhoor mag de (volgorde van bewijslevering in de) hoofdzaak niet ontregelen. Het niet passen van voorlopig getuigenbewijs in een expliciet (door de rechter in de hoofdzaak) of impliciet (voortvloeiend uit de logica) bepaalde volgorde van bewijslevering, is daarom een factor in de belangenafweging op grond van strijd met de goede procesorde (par. 9.5.3).
- (c) ander onderzoek is nog niet afgerond. Als bewijs op grond van ander onderzoek nog niet voorhanden is, maar al wel een onderzoek loopt ten tijde van de behandeling van het voorlopig getuigenverhoor, kan het om efficiëntieredenen zinvol zijn dat onderzoek af te wachten. Daarbij is ten eerste van belang of

voldoende raakvlakken tussen het onderzoek en het voorlopig getuigenverhoor bestaan en ten tweede of het onderzoek op een redelijke termijn wordt afgesloten (par. 9.5.4).

- (d) complexiteit van de hoofdzaak. Afgezet tegen de achtergrond van een aanhangige hoofdzaak kan de complexiteit van zaak (juridisch of feitelijk) vergen dat de rechter in de bodemprocedure bepaalt of en welk bewijs nodig is (nr. 369).
- (e) de getuigen worden gehoord over een deel van de relevante feiten. Deze factor speelt een rol als het voorlopig getuigenverhoor slechts een deel van de relevante feiten in de hoofdzaak betreft, terwijl in die hoofdzaak ook over andere vraagpunten moet worden geoordeeld én over die andere vraagpunten waarschijnlijk ook (opnieuw) getuigenverklaringen moeten worden afgelegd in de hoofdzaak (nr. 370).
- (f) groot aantal getuigen. Het willen doen horen van een groot aantal getuigen kan gerechtvaardigd zijn. In combinatie met andere factoren, zoals het aanhangig zijn van de hoofdzaak en het risico dat (een deel van de) getuigen in de hoofdzaak opnieuw moeten worden gehoord, kan het grote aantal getuigen wél meewegen (nr. 371).
- (g) een lang tijdsverloop tussen de gebeurtenissen waarover de getuigen moeten worden gehoord en het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor of traag procederen in de hoofdzaak zonder dat daarvoor een voldoende rechtvaardiging bestaat (nr. 372).
- (h) de verzoeker kan op een andere, voor de rechter, de wederpartij en de getuigen veel minder bezwaarlijke en kostbare wijze de feiten bewijzen. Aangezien de vrijheid van een (potentiële) procespartij om zijn eigen processtrategie te bepalen en zijn eigen bewijsmiddelen te kiezen voorop staat, ligt het op de weg van de verweerder om aannemelijk te maken dat de verzoeker met (vrijwel) hetzelfde resultaat voor een minder belastend middel had kunnen kiezen en komt zelden veel gewicht toe aan deze factor. Hoe groter verschil in belasting tussen het voorlopig getuigenverhoor en het andere bewijsmiddel, hoe minder bijkomende factoren nodig zijn om een belangenafweging in het voordeel van de verweerder te doen uitvallen (par. nr. 373).
- (i) een inconsequente en inconsistente processuele houding van de verzoeker in de hoofdzaak. De verzoeker die – zonder plausibele verklaring – in de hoofdzaak in eerste aanleg geen of in beperkte mate getuigenbewijs heeft willen leveren en tijdens de hoofdzaak in hoger beroep in een voorlopig getuigenverhoor wel of een groter aantal getuigen wil doen horen, kan dit tegen zich gebruikt zien (nr. 374).

437 Ander zwaarwichtig bezwaar

Voor de invulling van deze afwijzingsgrond geldt als richtlijn dat sprake moet zijn van aanzienlijke bezwaren tegen toewijzing van het voorlopig getuigenverhoor. Deze grond kan naar mijn mening een nuttige rol vervullen als sprake is van knelpunten ten aanzien van de persoon van de getuige zelf, die al tijdens de behandeling van het verzoek onder de aandacht van de rechter worden gebracht (par. 10.2 en 10.3).

In de hierna volgende – niet limitatief bedoelde – gevallen kan een zwaarwichtig bezwaar bestaan:

- (a) een aangekondigd beroep op een verschoningsrecht/geheimhoudingsplicht. In beginsel is het aan de rechter-commissaris om, na de verschijning van een getuige, een beslissing te nemen als een getuige aanvoert een reden te hebben om niet te getuigen of bepaalde vragen niet te beantwoorden. De rechter kan echter het bestaan van een ander zwaarwichtig bezwaar aannemen als op voorhand waarschijnlijk lijkt dat door een getuige geen inhoudelijke verklaring zal worden afgelegd. Of in een concreet geval daadwerkelijk sprake is van een ander zwaarwichtig bezwaar, hangt van de omstandigheden af. Daarbij is met name de reden waarom de getuige meent geen of slechts een gedeeltelijke verklaring te hoeven afleggen van belang (par. 10.3.2).
- (b) bewijsovereenkomst (par. 10.3.3)
- (c) de wederpartij kan aantonen dat de getuige op medische gronden niet in staat is een getuigenverklaring af te leggen. Zeker als de lichamelijke of geestelijke beperking van tijdelijke aard is en de getuige later in de hoofdzaak wel een verklaring kan afleggen, lijkt mij dit een zwaarwegende factor om het voorlopig getuigenverhoor ten aanzien van de betreffende getuige niet de bevelen (par. 10.3.4).
- (d) de (emotionele) belasting van de getuige. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval (waarbij ook de belangen van partijen meewegen) kan het afleggen van een verklaring een onredelijke (emotionele) belasting betekenen voor een getuige (par. 10.3.5).
- (e) de getuige zelf of anderen lopen reëel fysiek gevaar als de getuige een inhoudelijke getuigenverklaring aflegt en praktische maatregelen kunnen dat gevaar niet afwenden. Het doen horen van getuigen waarvan de identiteit niet bekend is (anonieme getuigen), dient naar mijn mening in beginsel ook mogelijk te zijn in een voorlopig getuigenverhoor. De rechter dient de identiteit van de anonieme getuige wel te kennen en de wederpartij van de partij die de getuige oproept, dient voldoende de gelegenheid te krijgen de anonieme getuige zo effectief mogelijk te ondervragen (par. 10.3.6).

438 Gevaar voor verlies van bewijs

Een voorlopig getuigenverhoor kan niet alleen worden gevraagd om bewijs te verzamelen, maar kan ook worden bevolen met het doel bewijs veilig te stellen, omdat gevaar bestaat voor het verlies van bewijs. Van gevaar voor verlies van bewijs is sprake als de persoon van de getuige dreigt weg te vallen voordat hij in de hoofdzaak kan worden gehoord. Dit is ten eerste het geval als reëel gevaar bestaat dat de getuige onbereikbaar wordt. Ten tweede is sprake van verlies van bewijs als reëel gevaar bestaat of zelfs zeker is dat de getuige zal overlijden. Er bestaat geen gevaar voor verlies van bewijs meer, als een getuige is genezen van een levensbedreigende ziekte als kanker. Ten derde bestaat gevaar voor verlies van bewijs als de getuige lijdt aan een progressief verlopende ziekte die het geheugen of de fysieke gesteldheid van de getuige aantast, waardoor onzeker is of de getuige nog in staat zal zijn een verklaring af te leggen als in de hoofdzaak getuigenverhoren

worden gehouden. De enkele achteruitgang van het geheugen van een gezonde getuige levert geen gevaar voor verlies van bewijs op.

Bij gevaar voor verlies van bewijs loopt de waarheidsvinding een reëel en direct gevaar, omdat de getuige later in de hoofdzaak (waarschijnlijk) niet meer kan worden gehoord. De regel dat het voorlopig getuigenverhoor op vier afwijzingsgronden kan worden afgewezen, dient daarom naar mijn mening niet te gelden als de rechter gevaar voor verlies van bewijs aanwezig acht. Bij gevaar voor verlies van bewijs moet naar mijn mening aansluiting worden gezocht bij de beoordeling van het Duitse *selbständige Beweisverfahren*: een voorlopig getuigenverhoor moet worden toegewezen, tenzij de verklaring van de getuige met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet op enigerlei wijze en op enig moment zal kunnen bijdragen aan de beslissing in de hoofdzaak. Een uitzondering moet gelden als het afleggen van een verklaring voor de getuige dusdanig psychisch en/of fysiek belastend is, dat de waarheidsvinding behoort te wijken voor de zwaarwegende belangen van de getuige (par. 6.7).